

EL CONVENIO NÚMERO 87 DE LA OIT FRENTE AL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO Y EL EJERCICIO DEL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL

Introducción

A partir de las políticas sociales y económicas del neoliberalismo, el siglo XXI ha generado nuevos conceptos del mundo del trabajo, cuyo propósito es retornar a los del siglo XIX. El trabajo humano era considerado una mercancía mas en una relación amo y esclavo, no como relación dialéctica, sino de voluntad por parte del segundo, quien entregaba todo su espíritu y se convertía en una mercancía consciente de su realidad laboral (Hegel, 1993).

Los nuevos trabajadores del siglo XXI atienden a viejas formas de trabajo explotado (Bloch, 1985; Méda, 1998). Pasar de esclavo a trabajador subordinado significó, en teoría, la libertad del trabajador, pero esa libertad fue capturada por el capital-empresa, con lo que pasó a ser una subordinación social, económica y política por medio de la democracia (Mangarelli, 2008). Existía una masa de trabajadores asalariados subordinados; hoy existe una multitud de trabajadores precarios, autónomos, independientes, no subordinados, tercerizados, etc. (Polanyi, 2000).

Los asalariados eran explotados por el capital, por el mito de un intercambio libre e igual entre propietarios de mercancía; hoy, los trabajadores siguen siendo

explotados con un nuevo mito: el del deudor y acreedor, el del vendedor de trabajo y el comprador (Hardt y Negri, 2012). En términos de burla, Marx (1981) afirmaba que la empresa era el verdadero paraíso de los derechos del hombre y que en ella solo reinaban “la libertad, la igualdad y la propiedad y Bentham [utilitarismo]” (p. 128).

Hoy, el proletariado de Marx ha desaparecido; los nuevos trabajadores siguen libres, sin propiedad y con el trabajo como necesidad y continúan siendo posesión de los señores que dominan las finanzas capitalistas —como las figuras del siervo y la servidumbre— por medio de contratos no protegidos (Gambina, 2014). En la actualidad, el concepto trabajo debe interpretarse en el sentido más amplio de la realidad contractual (Noguera, 2012), en el que el trabajo, inclusive el desregulado, continúa con rasgos propios de la subordinación cuando hay prestación de servicios que benefician a un empleador. En palabras de Paul Ricoeur, “el lenguaje histórico es necesariamente equivocado” (Dosse, Ricoeur y De Certeau, 2009, p. 15) y equivocado es el criterio del principio de la realidad contractual, toda vez que este exige una subordinación directa entre empleador y trabajador. Esta subordinación desapareció con el objeto de desproteger el trabajo humano; por ello, en el escenario del neoliberalismo, el trabajo ha sido despojado de sus derechos y los sujetos que han producido sin capacidad humana se han empobrecido (Guamán, 2012). Por eso, cuando se piden propuestas para reducir esta desigualdad y pobreza en este entorno, surge la idea del fortalecimiento de las organizaciones sindicales y la negociación colectiva en el marco de un diálogo social y democrático (Linares, 2006).

No pueden olvidarse de las palabras del papa Francisco (2013) cuando manifiesta:

Así como el mandamiento de “no matar” pone un límite claro para asegurar el valor de la vida humana, hoy tenemos que decir “no a una economía de la exclusión y la inequidad”. Esa economía mata [...]. En este contexto, algunos todavía defienden las teorías del “derrame”, que suponen que todo crecimiento económico, favorecido por la libertad de mercado, logra provocar por sí mismo mayor equidad e inclusión social en el mundo. Esta opinión, que jamás ha sido confirmada por los hechos, expresa una confianza burda e ingenua en la bondad de quienes detentan el poder económico y en los mecanismos sacralizados del sistema económico imperante. Mientras tanto, los excluidos siguen esperando. Para poder sostener un estilo de vida que excluye a

otros, o para poder entusiasmarse con ese ideal egoísta, se ha desarrollado una globalización de la indiferencia [...] (p. 3).

Lo anterior permite concluir que es necesario establecer un concepto amplio de trabajo, como diría De la Garza (2012), que supere la visión que ha construido el neoliberalismo sobre el mundo del trabajo con políticas sociales y económicas cuyo objetivo es acabar con el proteccionismo del trabajo subordinado (Sennet, 2013). En consecuencia, el criterio de subordinación debe ser desligado del elemento de la relación contractual laboral, para dar cabida también a aquellos trabajadores vinculados con distintas formas jurídicas (Goldin, 2001), quienes son igualmente subordinados desde el momento en el que se les reconoce un valor por la prestación de su servicio (Weber, 1999). De aquí que el principio de la realidad contractual debe ser analizado desde las nuevas formas del trabajo humano (De la Fuente, 1976; Supiot, 2008).

Canessa (2013) aporta a la comprensión sobre cómo se ha pasado del trabajo subordinado directo de una empresa a la externalización del trabajo que se presenta en varias modalidades: la primera, una empresa principal contrata a una empresa secundaria, esto es, hay una subcontratación, pero los trabajadores de la empresa secundaria prestan un servicio a la empresa primaria, lo que podría ser en Colombia un contratista independiente; una empresa subcontratada, contratista independiente, presta el servicio a una o varias empresas, lo que se puede presentar con el fenómeno de las maquilas; grupos de empresas se prestan servicios y coordinan sus actividades, pero respecto a la relación con los trabajadores, cada una responde por el trabajo que desempeña en otras empresas. Otra situación surge con la contratación de trabajadores autónomos que ofrecen un servicio en una o varias empresas mediante contratos civiles o de derecho comercial (Lope y Ortiz, 2002). En definitiva, cada vez que una empresa recibe el trabajo, debe establecerse el principio de realidad contractual, sea este subordinado o no.

El concepto de trabajo en el Código Sustantivo del Trabajo

El Código Sustantivo del Trabajo, expedido por los Decretos 2663 y 3743 de 1950 y adoptado como legislación permanente por la Ley 141 de 1961, estableció en su Artículo 3 que las relaciones que regula son las del derecho individual del

trabajo, de carácter particular y del derecho colectivo de los trabajadores particulares y oficiales. En su Artículo 5 define el trabajo como toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta a conciencia al servicio de otra, siempre que se efectúe en el marco de un contrato de trabajo. En su Artículo 6 diferencia entre el trabajo ocasional, accidental o transitorio no mayor a un mes. En su Artículo 23 fija tres elementos esenciales para la tipificación del contrato de trabajo, como la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario. En su Artículo 24 expresa la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo (Castillo, 2008).

Con el término “trabajador”, el CST hace referencia al trabajo subordinado regido por un contrato o una relación de trabajo que parte de los tres factores mencionados. Esta noción de trabajador⁴⁷ tiene algunas normas especiales, según la tipología instituida en el propio Código, por ejemplo: a los trabajadores en general se les aplica el Código Sustantivo del Trabajo; agentes colocadores de pólizas de seguro y títulos de capitalización y colocadores de apuestas permanentes (art. 94 y ss., CST); representantes, agentes viajeros y agentes vendedores (art. 98, CST; Ley 48 de 1946; Decreto 1193 de 1976); profesores de establecimientos particulares de enseñanza (art. 101 y 102, CST; Ley 115 de 1994); choferes del servicio familiar (art. 103, CST); choferes asalariados del servicio público (Ley 15 de 1959; Decretos 1258 de 1959; 1393 de 1970 y 869 de 1978); trabajadores de servicio doméstico (art. 77, CST; Decreto 824 de 1988); trabajadores de la construcción (arts. 309-313, CST); trabajadores de empresas de petróleo (arts. 314-325, CST; Decretos 2097 de 1957 y 1056 de 1953; Resolución 644 de 1959 del Ministerio de Trabajo); trabajadores de la zona bananera (art. 326, CST); trabajadores de empresas mineras e industriales del Chocó (arts. 327 y 328, CST); trabajadores de minas de oro, plata y platino (arts. 329-333, CST); trabajadores de empresas agrícolas, ganaderas o forestales (arts. 334-337, CST; Ley 50 de 1990, art. 28)⁴⁸.

47 “Es trabajador, en el sentido del derecho del trabajo, quien presta trabajo en situación de dependencia (trabajo heterónomo —sujeto a dirección o poder extraños). El trabajador presta servicios al empleador de un modo correspondiente a la división del trabajo dispuesta por éste, adaptando su conducta a las directivas que recibe y al orden imperante en la empresa” (Krotoschin, 1987, p. 39).

48 En los últimos años se ha presentado el fenómeno de consorcios y temporales que, desde el punto de vista de la negociación colectiva, les son aplicables las normas del Código Sustantivo del Trabajo y, por ende, la responsabilidad propia de los empleadores.

También se reglamenta sobre los trabajadores migrantes del grupo andino (Decreto 309 de 1978); trabajadores extranjeros (Decreto 666 de 1992); trabajadores del campo (Decreto 1718 de 1977; Resolución 180 de 1976 del Ministerio de Trabajo); gente de mar o marinos (Decretos 723 y 724 de 1973); tripulantes y radioperadores de empresas de aviación comercial (Decreto 2958 de 1951); trabajadores con protección especial en razón a su edad, menores de 18 años y mayores de 40 años (Ley 15 de 1968; Decreto 1256 de 1969), en razón del sexo, la mujer trabajadora y madre cabeza de familia; trabajadores artistas (Ley 1098 de 2006); trabajadores artistas (Ley 25 de 1985; Decreto 2166 de 1985; Ley 21 de 1992); trabajadores periodistas profesionales (Ley 37 de 1973; Decreto 1293 de 1974); trabajadores indígenas (Decretos de mayo 20 de 1820 y 1993 de 1927); sacerdotes diocesanos y miembros de comunidades religiosas vinculados al Seguro Social (Decreto 419 de 1987; Resolución 2123 de 1988 del Seguro Social); trabajadores de empresas de servicios temporales, trabajadores de planta y trabajadores en misión (art. 74 de la Ley 50 de 1990); trabajadores ocasionales (art. 6, CST); trabajadores artesanales (art. 229, Ley 36 de 1984); trabajadores minusválidos (Convenio número 159 adoptado por la Ley 82 de 1988 sobre readaptación laboral y la protección a personas minusválidas; Decreto 2177 de 1989); trabajadores de campañas antituberculosas y de aplicación de rayos X, (art. 186, CST; Ley 100 de 1993); trabajadores de entidades sin ánimo de lucro (art. 338, CST); trabajadores en temperaturas anormales (art. 270, CST); trabajadores expuestos a radiaciones cancerígenas, socavones, radiadores (art. 15, Acuerdo del Seguro Social No. 049 de 1990); aviadores civiles (arts. 270 y 271 CST); ingenieros de vuelo (Decreto 2400 de 1972); teletrabajadores, trabajo a domicilio (Ley 1221 de 2008; Decreto 884 de 2012); trabajadores por obra o labor contratada, trabajadores temporales (art. 6, CST).

La legislación laboral ha establecido las modalidades del contratista independiente, de los simples intermediarios, del *outsourcing* y de la bolsa de empleo (Pérez, 2014). El contratista independiente es la figura según la cual una empresa contrata a una persona natural o jurídica y esta, a su vez, contrata trabajadores bajo subordinación (art. 34, CST). Esta forma ha sido utilizada para eludir la responsabilidad solidaria al exigir pólizas de seguros al contratista independiente o,

en otros casos, al utilizarlo para actividades ajenas a la empresa⁴⁹. La figura del simple intermediario se presenta cuando hay una vinculación directa del contratista y los trabajadores que este contrata (art. 35, CST).

En la actualidad, existe un trabajo denominado informal, precario, atípico, irregular y desprotegido (Organización Internacional del Trabajo, 2010). Este es contrario a lo que se conoce como el trabajo decente, que no es más que el trabajo subordinado protegido (Procuraduría General de la Nación, s. f.). Asimismo, hay trabajadores que están dentro de la flexibilidad laboral o la desregulación, denominados trabajadores externos o tercerizados, deslaboralizados, descolectivizados, trabajadores asociados, en fin, trabajadores vinculados a la producción de la empresa, mas no jurídicamente a ella (Pineda, 2013). Este trabajo, que se ha convertido en el mundo mayoritario, es el que se conoce como trabajo independiente.

De los análisis realizados por la Universidad de los Andes y la Alcaldía de Bogotá (Pineda, 2013), la Procuraduría General de la Nación (s. f.) y la Escuela Nacional Sindical (Reina, 2012) se concluye que el mundo del trabajo que regula el CST es una minoría que está dentro de los criterios de trabajo decente. No obstante, la mayoría del mundo del trabajo en Colombia está en lo que se ha denominado la crisis del contrato laboral, es decir, de las modalidades de contratación alternativas que conllevan a la precarización, la flexibilidad no protegida y la desregulación laboral (Neffa, Félix, Panigo y Pérez, 2006). De estos estudios se extrae como resultado que un 80 % de la fuerza productiva nacional está fuera de los cauces del CST.

De conformidad con la Corte Constitucional (1993d), los titulares del derecho de asociación sindical son todos los trabajadores, excepto los miembros de las Fuerzas Públicas. En el mismo sentido, ha señalado que el titular del derecho de asociación sindical es el trabajador, entendido no como aquel que se encuentre

49 "Digamos inicialmente que la expresión subcontratación laboral es una de las más amplias y comúnmente utilizadas para designar en el terreno jurídico el fenómeno de la externalización, en tanto que involucra trabajo y trabajadores. Es, al tiempo, la expresión menos precisa y de contornos más borrosos, que no prejuzga de los desarrollos conceptuales más concretos y particulares" (Puig, 2008, p. 10).

"Subcontratación en sentido estricto. Pero todavía es necesario precisar que la subcontratación no es la única forma de tercerizar o descentralizar. En efecto, la descentralización productiva y la tercerización pueden realizarse también a través del recurso a intermediarios o a suministradores de mano de obra, que pueden distinguirse de la subcontratación propiamente dicha o subcontratación en sentido estricto [...] (Uriarte y Colotuzzo, 2009, p. 9).

vinculado por medio de un contrato laboral, sino toda persona que realiza actividades a favor de una empresa (Corte Constitucional, 1999f)⁵⁰.

Conclusión

De conformidad con la Constitución Política de 1991, los Convenios número 87 y número 98 de la OIT que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, pueden ejercer el derecho de asociación sindical todos los trabajadores del mundo del trabajo. Se entiende como tal toda actividad laboral sin importar la forma de vinculación jurídica; por lo tanto, puede ser trabajador subordinado, no subordinado, autónomo, tercerizado, informal, contratista⁵¹, cooperado⁵² y privado de la libertad que ejerce trabajo. Como derecho fundamental que es, el ejercicio del derecho de asociación sindical no puede ser restringido a las personas privadas de la libertad, toda vez que no puede ser prohibido a trabajadores que laboran autónoma o subordinadamente dentro del sistema carcelario; además, debe ser protegido para aquellas personas en el régimen penitenciario, es decir, estas mantienen su derecho al pago de salarios, a la afiliación a seguridad social y a la aplicación de los convenios fundamentales del trabajo de la OIT.

El anterior criterio es contrario a los preceptos contemplados tanto en el Código Sustantivo del Trabajo como en el Código Penitenciario, pues en ellos se considera que las personas privadas de la libertad pierden todos sus derechos mientras subsista esta situación. Frente a esta tesis, habrá de recordar que los derechos humanos y sus normas, de conformidad con la Constitución, prevalecen sobre cualquier norma interna y el ejercicio del derecho de asociación sindical forma parte de los convenios sobre derechos humanos y del derecho

50 Del derecho de asociación sindical "solo excluyó el Constituyente a los miembros de la Fuerza Pública y del que son titulares tanto los trabajadores contratados como los independientes; además, del derecho a la negociación colectiva sólo se privó a los miembros de las Fuerzas Armadas y a quienes prestan servicios públicos esenciales así catalogados por el legislador" (Corte Constitucional, 1999f, p. 23).

51 Para el Ministerio de Trabajo (2015), los contratistas no pueden formar parte de un sindicato de la empresa de la entidad contratante, lo que limita el ejercicio del derecho de asociación. El concepto es contrario a la doctrina de los órganos de control de la OIT, toda vez que esta clase de trabajadores pueden formar parte de las organizaciones sindicales, siempre y cuando sus estatutos así lo permitan.

52 Para el Ministerio de Trabajo (2015), es incompatible la sindicalización de los trabajadores cooperados; con ello limita el ejercicio del derecho de asociación sindical y va en contra de la doctrina de los órganos de control de la OIT, puesto que tales trabajadores pueden formar parte de las organizaciones sindicales, siempre y cuando sus estatutos así lo permitan.

internacional. Así, más de veinticinco personas privadas de su libertad pueden ejercer el derecho de asociación y fundar una organización cuyo objetivo será la defensa de los intereses de sus afiliados.